International Development Information Centre

DEVELOPMENT EXPRESS

No. 8 1998/99

Law and Development: A Jurisprudence for the Developing World

by Lakshman Marasinghe *

Legal systems are a key ingredient in the development formula — in a sense, the cement needed to solidify the foundation of a new society. Inherited from colonial powers, they have the potential to help or hinder a nation's progress.

This paper looks briefly at the origins of legal systems in the developing countries, then examines the literature on development and the law. After considering the implications of some concepts, notably 'people-centred' development, it offers a few tentative suggestions for a new jurisprudence, appropriate to the needs of the developing world and more supportive of human development there.

The passing of the 20th century marks the end of a long period of colonialism, and the commencement of a new and developing world. The enormous social, political and legal impact of colonialism upon the people of the developing countries is reflected clearly in the legal systems of their new states.

As early as the 15th century, the establishment of colonial systems was concretized by introducing laws and legal institutions specifically crafted to mirror those of the 'mother country'. Even countries never ruled by a foreign power copied foreign models: Liberia adopted the legal paradigms and institutions of the U.S., while Thailand based its system on the Swiss Civil Code.

In the rest of the developing world, departing colonial powers left behind shining white constitutions, within which remained embalmed the laws and legal institutions of the former masters. By ensuring dependence for legal precedents and texts, this new permutation of colonialism — buttressed by provision of legal experts to help manage the laws and institutions of the new nations — resulted in the continuation of western legal systems into the era of independence.

The economies of the developing countries remain inextricably tied to those of the ex-colonial powers, dependent on them for currency stability and other economic essentials. And to that extent, the inherited laws and institutions carry the much-needed legal desiderata to ensure that development strategies respect the parameters laid down by the former masters.

As colonialism had its roots in Europe, the masters referred to fall within the broad rubric of 'European powers' — countries whose capitalist economies shaped the goals pursued by the new nations at independence and thereafter. In effect, developing countries were compelled to follow development patterns set by world capitalism, patterns essentially no different from those that prevailed when they were colonies.

Law and development: a new discipline

Any real change of this development model would require a radical restructuring of laws and legal institutions. Those seeking new strategies for development could see that movement away from the colonial legal model was essential — and this felt need among development thinkers and developing nations sparked the study of 'law and development' in the 1960s, by several scholars under various headings.

The earliest proponent of such studies was R.B. Seidman. In his *The State, Law and Development* (1978, Croon Helm, London) Seidman married social change with modernization to provide a foundation for his proposal of a theory of 'law and development'.

Français au verso

* This EXPRESS was written by Lakshman Marasinghe, University Professor, Faculty of Law, University of Windsor. Opinions expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect CIDA policy. The contents of these circulars should in no way be viewed as modifying or updating any of the Agency's existing policies.

Canadian International Development Agency | Agence canadienne de développement international

2 DEVELOPMENT EXPRESS

He saw rules of law as the key to social change, modernization, and his concept of development.

In Seidman's view, law is a useful tool for achieving development because it implies the existence of established rules of conduct that are meant to be observed. Law redefines norms "so that, if the new rules in fact induce the behaviour which they prescribe, new patterns of social interaction will ensue. Society will be to that extent changed".

While admitting that social change may also be induced by intractable, non-legal stimulants impervious to empirical research, Seidman places extreme reliance on law as agent of modernization and progress. He calls upon the development-minded lawyer to examine the legal system and its rules with an eye to improving them, qualitatively and quantitatively, in order to bring about the desired end in the most efficient manner. Thus, for Seidman, reliance on the law as a tool for development must be preceded by a study of the ideal types of law and administration that could facilitate progress.

Reviewing Seidman's ideas, Robert Martin wrote:"Law also connotes a system of administration which seeks to inhibit discretion and the exercise of arbitrary power... (his) entire thesis stands or falls on the likelihood of the development-oriented legal system which he advocates becoming normative" (1980, *Journal of Modern African Studies*, 18:315).

Having earlier made the point that law lies at the interface between policy and implementation, Seidman laid heavy emphasis on the need to use the legal system to make development policies into accepted conventions — apparently believing that, once those policies are normalized, their implementation will proceed by force of law. But agreeing with Gunnar Myrdal, he admits that, in reality, development policies largely remain on paper and are not carried out.

Myrdal argued that "without much more social discipline, development will meet great difficulties and, in any case, will be delayed". In his monumental *Asian Drama, An Inquiry into the Poverty of Nations*, Myrdal stigmatized developing countries' programs as being in a 'soft state' and explained:

> *By that term I mean to characterize a general lack of social discipline in underdeveloped countries, signified by many weaknesses: deficiencies in their legislation and, in particular, in observance and enforcement; lack of obedience to rules and directives handed down to public officials on various levels; frequent collusion of these officials with powerful persons or groups of persons whose conduct they should regulate; and at bottom, a general inclination of people in all strata to resist public controls and their implementation.*
>
> – (U.Calif. Law Review, 1968, 1118, p.1120)

Myrdal's analysis strongly suggests that reliance on law alone will not implement development policies effectively. The development equation contains a heavy social element, for which law is not a complete answer — a glaring weakness in Seidman's law -in-aid-of-development approach.

Meanwhile, Trubek and Gallanter (law professors at Yale and Wisconsin) proposed the 'liberal legalist theory', based on the assumption that development is difficult unless a nation adopts western legal values and principles. While rejecting Seidman's theory, they concluded that "the Third World is ... doomed to underdevelopment until it adopts a modern western legal system" (1972, Yale Law Journal, 82:10-11).

Recognizing error, they soon formulated a new law/development approach called the 'eclectic critique' approach, "which transforms the central assumptions...into critical standards (because) the belief that they were factually descriptive involved the scholar in premature and uncritical commitment to particular institutions and policies" (1974, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the U.S.*, Wisconsin Law Review, 1062).

But Trubek and Gallanter's new approach, when analyzed in turn by Seidman, merely amounted to a restatement of 'liberal legalism', minus specific commitment to the goals of aid-giving organizations. Seidman's fundamental disagreement with both their original and amended view was that it is wrong to

presuppose that development is possible only within the framework of a western legal system — an assumption that goes against available research data, as well as being contrary to theory (Research in Law and Sociology, vol. 1).

In a less exhaustive treatment, John Merryman (UCLA professor of comparative law) recently suggested that law/development studies should really be based on the study of comparative law and social change — development being a synonym for 'progressive social change', and 'comparative law' serving to remind scholars that they are dealing with other legal systems. He argues that this formulation will give wide scope, with law expanding to comparative law (and the study of society shared between them) while admitting to offering his tentative proposals essentially as an opportunity for the "depressed, isolated and forlorn in the law and development movement (to) come in from the cold" (American Journal of Comparative Law, 1977, 25:457-482).

Such theories fall far short of a comprehensive explanation of the role of law in development. Snyder attempted to set it within the context of the somewhat popular dependency theory. After scrutinizing and rejecting available studies, he concluded that "for the study of law in underdeveloped countries to be theoretically adequate and (perhaps) practically useful, it must transcend orthodox disciplinary boundaries and reformulate questions within the framework of Marxist political economy" (Law & Society, 1980, 14:780).

However, this assumption that Marxist theory should prevail over traditional local values appears to propose a centralized approach, running counter to current ideas in developing countries, where decentralization is favoured. The trend today is to incorporate a society's traditional values into its development strategy and employ them at the local level.

Using the culture and values of the people targeted by a development program ensures popular participation, now recognized as a key element in any development equation. *Decentralization*, not centralization, is a necessary pre-condition for participation — so developing nations are decentralizing, to create the institutions for implementing development plans at the local level.

A specific development model is taking shape: while organs of implementation are based locally, among the targeted people, the legitimation and superintendency of these organs is left to the centre — normally the national parliament. This emerging two-tier paradigm offers a useful starting-point for a fresh restatement of law-in-aid-of-development.

Roots of the two-tier approach are many and deep: Sri Lanka's 1958 Paddy Lands Act, Tanzania's *ujamaas*, Indonesia's Adat Law, India's Nyaya Panchyats. In each, institutions for implementing development to the benefit of the targeted people are created and run locally, ensuring popular participation, while the centre serves to legitimize those institutions.

Ghai (professor at U. Hong Kong) and others, disillusioned with strategies of the '60s and '70s, proposed a new law/development approach under the concept of 'Another Development' (1978, Development Dialogue, 2:110-111) to provide a fresh start for law and development studies. Ghai emphasized five points — development must be:

- oriented to basic needs of the poor;
- endogenous, each society defining its values and vision;
- self-reliant, drawing on each society's own strengths, and rooted locally;
- ecologically sound, using the biosphere rationally and sustainably; and
- supported by structural transformation of international and domestic systems.

Ghai argues that contradictions between rich and poor countries, and exploited/exploiters nationally, must be resolved in a theory of law and development that encourages socio-economic and politcal reform. He proposes transfer of control over the means of production to the producers, to prevent a minority from appropriating the surplus, and widespread democratization of political power. He calls for the guaranteeing of human rights, under Another Development, "through a thorough-going decentralization, aiming at allowing all those concerned, at every level of society, to exercise all the power of which they are

capable... for development is... the development of every man and woman and the whole of man and woman".

The foregoing survey of development literature includes many facets whose categories are not closed. Particularly relevant to this paper are matters connected with policies — social, economic, political, cultural, agricultural, religious, ethnic, environmental — that the rulers of a developing country might wish to articulate. The lowest common factor that must be kept in mind is *underdevelopment*; and any legal theory, to be relevant, practical and acceptable, must be able to restate underdevelopment/development as a legal concept.

Such a jurisprudence, recognizing underdevelopment, may be capable of conceptualizing incidents arising from it: poverty, harm, inequality, popular participation, access to justice, sustainable development... and many others.

All this is essential in any new postulation of a theory of law and development. The jurisprudence left behind by departing colonial masters — based on western legal theories of Bentham, Austin, and the Positivists — was capable neither of recognizing underdevelopment and its aspects as legal concepts, nor of providing protection through legal remedies against violations. Another Law is needed.

Conceptualizing development

One role for the law in development is as integrator of a society's many dimensions, helping synthesize trends and aspirations so that the society can evolve into a cohesive unit. In this sense, law integrates the elements of society, which sustains the stability needed if development efforts are not to prove wasteful or even counter-productive.

Underdevelopment takes many forms, but four basic areas — food, shelter, health and education — are the main factors in proposals to eliminate it. Progress in these areas opens the gateway to all the varied forms of development. Those four areas, which must be linked to any new theory of law-in-aid-of-development, offer broad parameters for 21st-century research in law and development.

A major in-depth socio-economic examination of development was carried out two decades ago by a commission under Willy Brandt, former chancellor of Germany. Its report, *North South: A Programme for Survival*, notes that development "must mean improvement in living conditions, for which economic growth and industrialization are essential. But if there is no attention to the quality of growth and to social change, one cannot speak of development". The report's analysis emphasizes the importance of improving people's lives, which implies the environment, health, food, education, and more — all within a context of quality of growth and social change.

The development theory advanced by the Brandt report seems to take a society's particular values into account, rather than proposing rigid rules for worldwide application. A hallmark of any theory that might succeed, and be accepted by the developing world, is that it does not try to impose universalistic, immutable propositions.

This appears to clash with the view of human rights proponents, that such rights should apply equally everywhere. When western nations proffer universal propositions to former colonies and present aid recipients, the developing world generally suspects an attempt to prolong domination, through Another Colonialism.

Human development should be conceived within the social and cultural parameters of each society. There is thus no universally acceptable model for development — only *particular* models, shaped to suit the social patterns of particular societies. And each, in accord with its own needs, must work out how best to improve life, through better environment, habitat, health, food and education.

The Brandt commission further wrote "that the focus has to be not on machines or institutions but on people. A refusal to accept alien models unquestioningly is in fact a second phase of decolonization. We must not surrender to the idea that the whole world should copy the models of highly industrialized countries".

Emphasizing people-centred development raises issues. First, popular participation in development programs depends utterly on people's 'right to know': the intended beneficiaries must have the opportunity to make decisions about, for instance, the

105-00267/

suitability, nature and structure of an initiative that will affect their lives. Second, unless a program builds self-reliance, it may make the targeted people dependent on outside sources, instead of liberating them, thus feeding the underdevelopment of developing nations (W. Rodney, 1974, *How Europe Underdeveloped Africa*, Howard U.P.). And third, people-centred development must be endogenous, arising from within, not originating elsewhere and being foisted upon a group.

Becaue the defining role must be played by people at the grass roots, enhancing the quality of life becomes a matter of local-level development. It begins in the village as communities identify their needs, arising from their socio-economic conditions. In an agricultural community, for instance, where the crucial socio-economic condition is success or failure of the crop, a people-centred development initiative will be based on their needs, as perceived by them — and will be specific from village to village, depending on which essential item for agriculture is most needed.

Thus, people-centred development is planned locally, with popular participation by the targeted people, who know the nature and impact of the program, which builds self-reliance and is endogenous, having arisen from local life.

Benchmarks for a new jurisprudence

People's involvement in development raises a myriad of interconnected areas of concern. The law can help integrate a society's diverse issues, trends and aspirations, leading to social cohesion and development progress. An examination of the case law in developing countries throws light on this role of law-in-aid-of-development - particularly in such areas as 'customary rights vs. common law rights' regarding immovable property, custsomary oaths as questions of substantive law, and the role of religion in the use of mediation in the courts of some developing nations (see M.L. Marasinghe, 1981, Verfassung Und Ubersee, 14:3-21; 1986, "The Use of Customary Law in Development in Southeast Asia", in Mathews and Nagata (ed.), *Religion, Values and Development in Southeast Asia*, Singapore; 1983, "Traditional Conceptions of Human Rights in Africa", in C.Welch (ed.), *Human Rights and Development in Africa*, SUNY; and "Law and Custom and Society: The Sri Lankan Experience" in M.Chiba (ed.), 1983, *Sociology of Law in Non-Western Countries*, IISL, Onati, Spain).

The first benchmark, in working toward a theory of jurisprudence for developing nations in the new century, is that — after centuries of underdevelopment resulting from colonialism — any such theory of law must be capable of recognizing 'development'.

The underdevelopment of Africa, Asia, Latin America and the Caribbean fuelled Europe's development. Over the past 50 years, attempting to emerge from the spiral of underdevelopment, new nations have struggled against the constraints of their own colonial-based socio-economic and legal systems. Thus, 'development' is an essential cornerstone for any new theory of law for developing countries.

> *If you were to lose each year more than 200 million livres (old unit of French currency) that you now get from our colonies; if you had not the exclusive trade with your colonies to feed your manufactures, to maintain your navy, to keep your agriculture going, to repay for your imports, to provide for your luxury needs, to advantageously balance your trade with Europe and Asia, then I say it clearly, the kingdom would be irretrievably lost.*
>
> – Bishop Murray, 1791, arguing in the National Assembly against ending slavery in the French colonies.

The approach inherited from departing colonial powers is that law must establish and maintain institutions, from which people, as subjects, derive identity, society, and quality of life (I. Jennings, 1963, in *The Modern Theories of Law*, O.U.P.). The problem is that the small group of persons who control and steer the institutions — especially the prime institution, the state — have determining power over the quality of life of the people, who play a remote role, if any, in the workings of the first institution and its derivatives.

6 DEVELOPMENT EXPRESS

What the developing nations need is not a legal theory that subjects people to institutions sanctified by the law of the land, but a jurisprudence that helps people create their own institutions, to which they choose to adhere — thereby enshrining the principle of free choice within popular governance. Such a change of focus would help to establish a new kind of people-centred legal system.

People-centred institutions respond to people's need to take part in decision-making on matters that affect their lives, including development strategies — and such initiatives must be based on people's *right to know*, which encourages *popular participation*... these three elements combining to create a strong foundation for people-centred development.

Inherent in 'development' is the need to free people from conditions of dependency, by fostering self-reliance, which further strengthens that foundation. People can take part in choosing a strategy that might meet their needs, and are free to include the element of self-reliance. In its absence, development means dependence — the "disastrous decision", in Mahbub Ul-Haq's words, to rely on foreign assistance — leading inevitably to underdevelopment (Samir Amin, 1976, in *Unequal Development*, Harvester Press, U.K.).

All of these benchmarks confirm the need to establish *endogenous development*, following strategies (conceived within the targeted group) for organizing society at a local, not a macro, level. An appropriate legal system should be able to view the society as having two layers.

The primary or first layer — at the macro level, and centrally directed — would have a centralized bureaucracy which would both advise, and carry out the orders of, a cabinet of ministers responsible to a law-making body. Among its development-related functions, this federal government would:

- ❖ legitimize development programs proposed by local groups, and their locally chosen framework of operating rules;
- ❖ recognize targeted people's power to establish local-level development groups, and the exclusive right of people (not the state) to engage in development; and
- ❖ legitimize and oversee the settlement of disputes within or among groups, or between group and centre, through non-judicial means.

At the local level, the power to form development groups carries with it accountability to the people for proper formulation and implementation of the development strategy. By recognizing these exclusive local powers, the centre ensures that development will indeed be people-centred, participatory and endogenous, freeing the country from the shackles of dependency.

Such a re-weaving of a nation's socio-legal fabric is unsuited to carry the deadweight of an adjudicatory system — but it is well suited to support an extra-legal method of dispute settlement, such as conciliation or mediation.

Adjudication or conciliation?

Although they share the same goal, adjudication and conciliation follow different paths. The adjudicatory process, usually locked into an hierarchical court structure, is subject to inconsistency and error, and thus entails an elaborate system of appeals for correction and clarification.

Conciliation needs no appelate machinery because, once the parties voluntarily decide on an action to settle their difference, it is wrong in principle ro re-open the door to further disputation. The decision is by consensus and therefore final.

Adjudication assumes that legal norms must apply uniformly to all within a particular legal category, while conciliation avoids norms and recognizes social variables. It uses facts, circumstances, social consequences, economic pointers, political advantages, community interests and a host of such factors, not strictly within the definition of law, as instruments to settle disputes in a judicial process.

Adjudication also maintains strict separation between law-making organs and the courts that judge according to that law, while conciliation involves lawmakers in the process — creating a kind of popular participation in dispute settlement.

DEVELOPMENT EXPRESS

The need to unravel the law, argue its logic, identify facts, and relate them to the law makes adjudication highly dependent on the efficacy of a strong legal profession. Since norms do not figure in conciliation, lawyers become irrelevant — along with specialized techniques of thought, and types of analysis and argument that ignore social and political trends in the society where the dispute arose.

Dispute resolution within the adjudicatory process is often shrouded in mystery and grossly ritualistic — lending 'psychological punch' to the law, with fear prevailing. Informality allows conciliation to work best, with free dialogue among disputants and conciliators.

The two systems differ in two other ways as well. Under adjudication, remedies aim at ordering human conduct — through compensation, recognition or punishment. In contrast, conciliation seeks a settlement between the parties. This may contain the same elements as a judgment reached through adjudication, but with a different face: a mutually-agreed compromise, with the sanctity of an agreement freshly arrived at, as a result of voluntary assumption of rights, for the benefit of the well-being of all parties. Instead of a winner and a loser, there is neither victor nor vanquished: the result is a voluntary conclusion reached by the disputants with the advice and persuasion of the conciliation board. The process nurtures the social cohesion and stability so valuable to any development strategy.

Many developing nations are moving cautiously toward putting conciliation at the heart of their system for resolving disputes. Use of the two-tier development paradigm outlined earlier requires — as part of a root-and-branch transformation of the developing world's legal systems, to serve development — breaking away from adjudication and establishing processes for conciliation/mediation. This would ease stress and strain on the social fabric, which developing (or for that matter, developed) countries cannot afford.

Reflections

A new jurisprudence can be a tool for restructuring a society so it can advance toward its own chosen goals — with those development goals arising internally from the praxis of the given society.

Theorizing and conceptualizing development has, in turn, given legal science an opportunity to expand the frontiers of legal thought, which has offered the law a new function — as a vehicle for implementing particular types of public policy.

To play this new role, existing legal institutions, norms and techniques must be clarified, even purified, and strengthened, so that the law and its institutions can bear the weight of a society in process of development. Benchmarks can be set to guide the growth of a new, development-friendly jurisprudence.

A restatement of the law's position in society is needed, to match its new role as an integrator of diverse elements (that are the basis of any society), operating at the interface between public policy and a whole array of social, economic, political, cultural and other interests, factors and forces.

The eclectic nature of such a list of social elements is a formidable challenge for any 'new jurisprudence' formulated for the next century, if it is to be of value to the people of the present developing world.

8 DEVELOPMENT EXPRESS

For more information

Should you require further information on law and development, or any other subject related to international development, please contact IDIC Client Services at (819) 953-1035, or come to the 8th floor, 200 Promenade du Portage, Hull, Québec, K1A 0G4. The centre can put you in touch with a broad range of information sources on virtually any development issue. More information on CIDA and Canada's development cooperation is also available on the CIDA Home Page in Internet: http://www.acdi-cida.gc.ca

This EXPRESS was written by Lakshman Marasinghe.

As DEVELOPMENT EXPRESS is produced to contribute to CIDA's realization of knowledge-based and continuous learning objectives, material contained in the above issue of the EXPRESS may be reproduced or quoted without prior approval, provided due acknowledgement is given to the author and the source (i.e., CIDA Development Express). Our intent is to facilitate learning by providing reader access to consolidated information from significant works on critical topics and issues.

Ideas, views or comments

If you have any ideas or views to share or comments to make concerning the subject matter of this article, please send an e-mail to the editor (express@acdi-cida.gc.ca)

International Development Information Centre (IDIC)
Acting Director: Mardi Weltman

Development Express
Editor/Manager: Ranjit Perera, Ph.D.

Publishing
The original article was summarized by Allan Thornley
Design and Layout: Allan du Manoir Communications
Translation: CIDA Translation Service
Printing: Canada Communication Group

Centre d'information sur le développement international (CIDI)
Directrice par intérim : Mardi Weltman

Express sur le développement
Rédacteur en chef/directeur : Ranjit Perera, Ph. D.

Édition
L'article d'origine a été résumé par Allan Thornley.
Conception graphique et mise en page : Allan du Manoir Communications
Traduction : Service de traduction de l'ACDI
Impression : Groupe Communication Canada

Pour de plus amples renseignements

Si vous souhaitez obtenir de plus amples renseignements sur le droit et le développement ou sur tout autre sujet touchant au développement international, vous pouvez téléphoner au Service à la clientèle du CIDI, au (819) 953-1035, ou encore vous rendre au 8e étage, 200 promenade du Portage, Hull (Québec), K1A 0G4. Le Centre peut vous faciliter l'accès à toute une gamme de sources d'information sur presque toutes les questions de développement. Vous pouvez également vous renseigner sur l'ACDI et les programmes canadiens de coopération au développement en visitant le site de l'ACDI sur Internet : http://www.acdi-cida.canada.gc.ca.

Ce numéro a été rédigé par Lakshman Marasinghe.

Comme EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT entend favoriser l'acquisition d'une culture du savoir et d'apprentissage permanent au sein de l'ACDI, les informations de ce numéro peuvent être reproduites ou citées sans autorisation préalable, à condition de mentionner expressément l'auteur et la source (Express sur le développement publié par l'ACDI). Le but visé est de faciliter l'apprentissage en offrant aux lecteurs une synthèse des renseignements contenus dans des travaux d'envergure portant sur des sujets et problèmes importants.

Idées, vues ou commentaires

N'hésitez pas à communiquer vos idées, vos vues ou vos commentaires concernant le sujet traité dans ce numéro, en adressant un courrier au rédacteur en chef (express@acdi-cida.gc.ca).

8 EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

Centre d'information sur le développement international

EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

N° 8 1998-1999

Droit et développement : Science du droit pour le monde en développement

par Lakshman Marasinghe*

Les systèmes juridiques sont un élément fondamental du développement. D'une certaine façon, ils sont le ciment qui permet de solidifier les fondations d'une nouvelle société. Laissés en héritage par les puissances coloniales, ils peuvent tout autant favoriser qu'entraver le progrès d'une nation.

Cet article jette un bref regard sur les origines des systèmes juridiques dans les pays en développement, pour ensuite examiner la littérature sur le développement et le droit. Après un examen des implications de certains concepts, notamment le développement axé sur les personnes, il présente quelques timides suggestions pour l'émergence d'une nouvelle science du droit qui répond aux besoins des pays en développement et favorise davantage le développement humain dans ces pays.

Le vingtième siècle aura été marqué par la fin d'une longue période d'expansion coloniale et la naissance d'un nouveau monde en développement. Les systèmes juridiques des nouveaux États témoignent clairement des énormes répercussions sociales, politiques et juridiques du colonialisme sur les populations des pays en développement.

Dès le quinzième siècle, l'établissement de colonies s'est concrétisé par l'introduction de lois et d'institutions juridiques qui reflétaient fidèlement celles de la « mère patrie ». Même des pays qui n'ont jamais été gouvernés par une puissance étrangère ont adopté des modèles étrangers : le Liberia a transposé sur son territoire les paradigmes et les institutions juridiques des États-Unis, tandis que la Thaïlande s'est inspirée du code civil suisse.

Dans les autres pays en développement, les puissances coloniales ont laissé derrière elles des lois et des institutions juridiques embaumées dans de magnifiques constitutions. En maintenant la dépendance à l'égard des précédents et des textes juridiques des anciens maîtres, cette nouvelle forme d'impérialisme — renforcée par la présence de juristes venus aider à administrer les lois et institutions des nouvelles nations — a permis de maintenir en place les systèmes juridiques occidentaux lors de l'accession à l'indépendance.

Les économies des pays en développement demeurent inextricablement liées à celles des anciennes puissances coloniales, dépendant d'elles pour la stabilité de la devise et d'autres facteurs fondamentaux de l'économie. Et, dans cette mesure, les lois et institutions héritées des anciens maîtres renferment les désidératas juridiques sans lesquels les règles établies par les anciennes puissances coloniales se seraient pas prises en compte dans les stratégies de développement des pays décolonisés.

Le colonialisme plongeant ses racines en Europe, les maîtres dont il est question ici sont les « puissances européennes », les pays dont les économies capitalistes inspirent les objectifs visés par les nouvelles nations depuis qu'elles ont accédé à l'indépendance. En fait, les pays en développement ont été contraints d'adopter les modèles de développement du monde capitaliste, des modèles qui ressemblent étrangement à ceux qui étaient en place lorsqu'elles n'étaient encore que des colonies.

English Overleaf

* Ce numéro d'EXPRESS résume un document rédigé par Lakshman Marasinghe, professeur à la faculté de droit de l'Université de Windsor. Les opinions exprimées dans ce numéro sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la politique de l'ACDI. Le contenu de ces circulaires d'information ne doit en aucun cas être perçu comme une modification ou une mise à jour des politiques en vigueur à l'Agence.

Agence canadienne de développement international | Canadian International Development Agency

2 EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

Droit et développement : une nouvelle discipline

Embrasser un tout autre modèle de développement nécessiterait une transformation drastique des lois et des institutions juridiques. Les partisans de nouvelles approches de développement avaient compris la nécessité d'abandonner le modèle juridique hérité du passé colonial. C'est cette prise de conscience chez les théoriciens du développement et les pays en développement qui a amené plusieurs chercheurs à étudier sous divers angles « le droit et le développement » dans les années 60.

Le premier partisan de telles études fut R. B. Seidman. Dans *The State, Law and Development* (1978, Croon Helm, Londres), il conjugue changement social et modernisation pour jeter les bases de sa théorie « du droit et du développement ». Selon lui, les règles de droit constituent la clé du changement social, de la modernisation, et de son concept de développement.

Selon Seidman, le droit est un outil qui peut favoriser le développement, car il suppose l'existence de règles de conduite qui sont censées être respectées. Le droit redéfinit les normes de manière que si de nouvelles règles entraînent le comportement voulu, de nouveaux modèles d'interaction sociale apparaissent. La société en sera d'autant transformée.

Bien que Seidman reconnaisse que le changement social peut également être le produit de facteurs incitatifs non juridiques irréductibles et imperméables à la recherche inductive, il est fermement convaincu que le droit constitue un agent de modernisation et de progrès. Il demande aux juristes qui s'intéressent au développement d'examiner le système judiciaire et les règles juridiques afin de les améliorer, y compris en créant de nouvelles règles, dans le but d'obtenir le résultat souhaité le plus efficacement possible. Par conséquent, pour Seidman, le recours au droit comme outil de développement doit reposer sur une étude préalable des modèles juridiques et administratifs idéals susceptibles de favoriser le progrès.

Robert Martin écrit à propos des idées de Seidman : « Le droit évoque également un système administratif qui s'efforce d'empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire et arbitraire (...) toute sa thèse repose sur la probabilité que le système judiciaire axé sur le développement qu'il préconise devienne la norme » (1980, *Journal of Modern African Studies*, 18:315).

Ayant déjà signalé que le droit se trouvait à la jonction des politiques et de leur mise en oeuvre, Seidman insiste beaucoup sur la nécessité de recourir au système judiciaire pour faire des politiques de développement des conventions reconnues. Il semble croire que, une fois que ces politiques ont valeur de normes, leur mise en oeuvre sera assurée parce qu'elles auront force de loi. Cependant, il se rallie à l'opinion de Gunnar Myrdal et admet que, dans la réalité, les politiques de développement demeurent le plus souvent lettre morte.

Myrdal fait valoir que sans une discipline sociale accrue, le développement se révélera une entreprise très difficile et, quoi qu'il en soit, sera retardé. Dans son oeuvre monumentale *Asian Drama, An Inquiry into the Poverty of Nations*, Myrdal stigmatise la « mollesse » des programmes des pays en développement :

> *Par mollesse, j'entend l'absence générale de discipline sociale dans les pays sous-développés, dont témoignent de nombreuses faiblesses : les lacunes dans la législation et, en particulier, le respect et l'application des lois; le non-respect des règles et directives transmises aux fonctionnaires à divers paliers, la fréquente collusion entre ces fonctionnaires et les individus ou groupes influents dont ils sont censés réglementer la conduite; une inclination généralisée qui porte l'ensemble de la population à résister aux règlements restrictifs et à leur mise en oeuvre.*
>
> – (*University of California Law Review*, 1968, 1118, p. 1120) [Traduction]

L'analyse de Myrdal dénote clairement que le droit, pris isolément, ne garantit pas une mise en oeuvre efficace des politiques. Le droit ne fournit pas toutes les réponses, car le développement fait intervenir un élément social substantiel. C'est

EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

là une faiblesse manifeste de l'approche de Seidman, qui veut mettre le droit au service du développement.

Dans l'intervalle, Trubek et Gallanter (professeurs de droit à l'Université Yale et à l'Université du Wisconsin) ont proposé une théorie légaliste libérale, qui repose sur le postulat selon lequel un pays peut difficilement se développer s'il n'embrasse pas les valeurs et les principes juridiques de l'Occident. Ils rejettent la théorie de Seidman et concluent que le tiers-monde est condamné au sous-développement s'il n'adopte pas un système juridique occidental moderne (1972, *Yale Law Journal*, 82:10-11).

Reconnaissant leur erreur, peu après, ils ont défini une nouvelle approche en matière de droit et de développement. Baptisée « approche critique élargie », elle transforme les hypothèses centrales sous-tendant le mouvement « droit et développement » en critères déterminants, parce que le chercheur, croyant qu'elles décrivaient une réalité, était enclin à donner prématurément et aveuglément son adhésion à certaines institutions et politiques (1974, « Scholars in Self-Estrangement:Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in tthe U.S. », *Wisconsin Law Review*, 1062).

Après avoir analysé la nouvelle approche avancée par Trubek et Gallanter, Seidman conclut qu'il s'agit simplement d'une reformulation du libéralisme libéral, avec en moins les engagements précis au regard des objectifs des organisations d'aide. Contrairement à l'approche originale et révisée de Trubek e. Gallanter, Seidman soutient qu'il est faux de présupposer que le développement n'est possible que dans le contexte d'un système juridique occidental. Cette présupposition va à contre-courant des données expérimentales et de la théorie (*Research in Law and Sociology*, vol. 1).

Moins exhaustif, John Merriman (professeur de droit comparatif à l'Université de la Californie à Los Angeles) a laissé entendre que les études en droit et développement devaient en fait reposer sur l'étude du droit comparatif et du changement social — le développement étant synonyme de changement social progressif et le droit comparatif servant à rappeler aux universitaires qu'il existe d'autres systèmes juridiques. Il fait valoir que cette approche élargira le champ d'étude, le droit s'étendant au droit comparatif (et à l'étude des sociétés visées), tout en admettant que ses propositions visent surtout à permettre aux malheureux tenants du mouvement « droit et développement » de faire entendre leur voix (*American Journal of Comparative Law*, 1977, 25:457-482).

Ces théories sont loin d'expliquer totalement le rôle du droit dans le développement. Snyder a tenté de le placer dans le contexte de la théorie des dépendances qui compte un certain nombre de partisans. Après avoir examiné et rejeté les études réalisées jusque là, il conclut que l'étude du droit dans les pays sous-développés doit devenir un domaine de recherche interdisciplinaire et que les questions doivent être reformulées dans le contexte de l'économie politique marxiste si l'on veut que cette étude soit adéquate sur le plan théorique et ait (éventuellement) une utilité pratique (*Law & Society*, 1980, 14:780).

Toutefois, ce postulat que la théorie marxiste doit l'emporter sur les valeurs traditionnelles locales semble appeler une approche centralisée, ce qui va à contre-courant des idées qui ont cours actuellement dans les pays en développement, qui privilégient la décentralisation. Aujourd'hui, on tend à incorporer les valeurs traditionnelles de la société dans la stratégie de développement et à en tirer parti au niveau local.

Utiliser la culture et les valeurs des bénéficiaires d'un programme de développement permet de favoriser la participation populaire, qui est maintenant reconnue comme un élément fondamental du développement. *La décentralisation*, non la centralisation, est une condition préalable à la participation; de sorte que, les nations en développement se décentralisent afin de créer les institutions voulues pour mettre en oeuvre les plans de développement au niveau local.

Un modèle de développement particulier se fait jour : les organes de mise en oeuvre ont leur siège là où vivent les bénéficiaires ciblés, mais leur légitimité dépend de l'autorité centrale, habituellement le parlement national, qui supervise leurs activités. Ce nouveau modèle à deux paliers offre un point de départ utile pour reformuler l'approche du droit au service du développement.

4 EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

Le modèle à deux paliers est profondément enraciné, comme en témoignent la Paddy Lands Act adopté en 1958 par le Sri Lanka, les *ujamaas* en Tanzanie, la Adat Law en Indonésie et les Nyaya Panchyats en Inde. Dans chaque cas, les institutions de mise en oeuvre des programmes de développement bénéficiant à des groupes cibles ont été créées et dirigées localement, assurant ainsi la participation populaire, tandis que l'autorité centrale servait à les légitimer.

Ghai (professeur à l'Université de Hong Kong) et d'autres universitaires, qui étaient désillusionnés quant aux stratégies des années 60 et 70, ont proposé une nouvelle approche en matière de droit et de développement, une « autre forme de développement » (1978, *Development Dialogue*, 2:110-111), pour relancer les études en droit et développement. Selon Ghai, le développement doit satisfaire à cinq critères :

- être axé sur les besoins fondamentaux des démunis;
- être endogène, chaque société définissant ses valeurs et sa vision;
- être autonome, reposer sur les points forts de chaque société et être ancré dans le milieu local;
- être respectueux de l'environnement, utiliser les ressources de manière rationnelle et viable;
- être étayé par la transformation structurelle des systèmes internationaux et nationaux.

Ghai fait valoir que l'antagonisme entre les pays riches et les pays pauvres, ainsi qu'entre les exploités et les exploiteurs, doit trouver sa solution dans une théorie du droit et du développement qui encourage la réforme socio-économique et politique. Il propose la démocratisation accrue du pouvoir politique et le transfert du contrôle des moyens de production aux producteurs afin d'empêcher une minorité de s'approprier les surplus. Il demande que la protection des droits de la personne soit garantie, dans le cadre d'une « autre forme de développement », et ce, grâce à une décentralisation complète visant à permettre à toutes les personnes concernées, à tous les niveaux de la société, d'exercer tous les pouvoirs qu'ils possèdent, le développement étant synonyme de développement humain, d'épanouissement de l'homme et de la femme.

L'analyse documentaire ci-dessus englobe nombre de facettes dont les caractéristiques sont flottantes. Ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, ce sont les questions ayant trait aux grandes orientations sociales, économiques, politiques, culturelles, agricoles, religieuses, ethniques, et environnementales que les dirigeants d'un pays en développement veulent imprimer à la nation. Le plus petit dénominateur commun qu'il nous faut garder à l'esprit est *le sous-développement*. Pour être pertinente, pratique et acceptable, toute théorie juridique doit pouvoir reformuler le sous-développement ou le développement comme concept juridique.

Une telle science du droit, en reconnaissant le sous-développement, permettrait peut-être de conceptualiser ce qui en découle : la pauvreté, les préjudices, l'inégalité, la participation populaire, l'accès à la justice, le développement durable, et bien d'autres choses encore.

Toute ceci est essentiel à l'élaboration de toute nouvelle théorie du droit et du développement. La philosophie du droit héritée des anciens maîtres, qui repose sur les théories juridiques occidentales de Bentham, d'Austin, et des positivistes, ne permettait ni de reconnaître le sous-développement et ses dimensions en tant que concepts juridiques ni d'assurer un recours en justice en cas de violations des droits. Une autre théorie du droit s'impose.

Conceptualiser le développement

Un des rôles du droit dans le contexte du développement est d'intégrer les multiples dimensions de la société, d'aider à synthétiser les tendances et les aspirations de manière que la société en vienne à former une entité homogène. En ce sens, le droit intègre les éléments de la société qui assurent la stabilité nécessaire au succès des efforts de développement.

Le sous-développement revêt maintes formes. Toutefois, pour l'éliminer il faut agir essentiellement dans quatre domaines :

EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

l'alimentation, le logement, la santé, et l'éducation. Les progrès dans ces secteurs ouvrent la porte à diverses formes de développement. Ces secteurs, qui doivent être liés à toute nouvelle théorie du droit au service du développement, délimitent les grands axes de la recherche dans le domaine du droit et du développement au XXI[e] siècle.

Il y a vingt ans, une commission dirigée par l'ancien chancelier allemand Willy Brandt a examiné en profondeur la question du développement. Dans son rapport, *North South: A Programme for Survival*, on signale que le développement doit se traduire par une amélioration des conditions de vie, pour laquelle la croissance économique et l'industrialisation sont essentielles. Cependant, si la qualité de la croissance et le changement social ne se voient pas accorder l'attention voulue, on ne peut parler de développement. Le rapport de la Commission Brandt met l'accent sur l'amélioration des conditions de vie, dont l'environnement, la santé, l'alimentation et l'éducation, dans un contexte caractérisé par la qualité de la croissance et le changement social. La théorie du développement présentée dans ce rapport semble prendre en considération les valeurs d'une société plutôt que de proposer des règles universelles rigides. La marque de toute théorie susceptible de porter fruit et d'être acceptée par les pays en développement est son adaptabilité, c'est-à-dire qu'elle n'impose pas des concepts universalistes et immuables.

Cette caractéristique semble être incompatible avec les vues des défenseurs des droits de la personne, pour qui ces droits doivent s'appliquer dans tous les pays de la même façon. Lorsque les nations occidentales présentent des propositions universelles aux anciennes colonies et aux actuels bénéficiaires de l'aide, de manière générale, les pays en développement y voient une tentative de perpétuer leur suprématie, par une autre forme de colonialisme.

Le développement humain doit être défini dans les limites des paramètres sociaux et culturels de chaque société. Il n'y a donc pas de modèle de développement unanimement acceptable, seulement des modèles *particuliers* adaptés à des structures sociales données. Et chaque société doit, selon ses propres besoins, trouver les meilleurs moyens de créer des conditions de vie plus satisfaisantes, en améliorant l'environnement, l'habitat, la santé, l'alimentation et l'éducation.

La Commission Brandt indique en outre que « les gens doivent être au premier plan des préoccupations, non les machines ou les institutions. Le rejet inconditionnel des modèles étrangers constitue de fait la deuxième étape de la décolonisation. Nous devons rejeter l'idée que le monde entier doit copier les modèles des pays fortement industrialisés. »

Axer le développement sur la personne soulève certaines questions. Premièrement, la participation de la population aux programmes de développement dépend complètement du « droit d'accès à l'information » des gens; les bénéficiaires ciblés doivent avoir la possibilité de prendre des décisions concernant, par exemple, l'à-propos, la nature et la structure d'une initiative dont ils subiront les effets. Deuxièmement, à moins de renforcer l'autonomie, un programme peut créer une dépendance à l'égard d'une aide extérieure et, partant, entretenir le sous-développement (W. Rodney, 1974, *How Europe Underdeveloped Africa*, Howard U. P.). Troisièmement, le développement axé sur les personnes doit être endogène, c'est-à-dire qu'il n'a pas sa source à l'extérieur et n'est pas imposé à un groupe.

En raison du rôle déterminant que doivent jouer les populations locales, l'amélioration des conditions de vie relève du développement local. Le processus prend racine dans le village, les communautés définissant leurs besoins en fonction de leur situation socio-économique. Par exemple, dans une communauté agricole, où le facteur socio-économique fondamental est l'abondance ou la pénurie des récoltes, une initiative de développement axé sur les personnes sera fondée sur les besoins de la population, tels que définis par cette dernière, et variera d'un village à l'autre suivant l'apport agricole qui sera le plus utile.

Par conséquent, la planification du développement axé sur les personnes se fait au niveau local, avec la participation des bénéficiaires, qui connaissent la nature et l'impact du programme; cette planification renforce l'autonomie et est endogène puisqu'elle est enracinée dans la vie locale.

6 EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

Critères de référence pour une nouvelle science du droit

La participation de la population au développement soulève une myriade de questions étroitement liées. Le droit peut aider à intégrer les divers enjeux, tendances et aspirations d'une société et déboucher ainsi sur la cohésion sociale et le développement. Un examen du droit jurisprudentiel dans les pays en développement nous éclaire sur ce rôle du droit dans le développement, particulièrement pour ce qui est du droit coutumier versus la common law au chapitre des biens immeubles, des serments reconnus en droit coutumier en tant que questions de droit positif, ainsi que sur le rôle de la religion dans le recours à la médiation par les tribunaux de certains pays en développement (voir M. L. Marasinghe, 1981, « Verfassung Und Ubersee », 14:3-21; 1986, « The Use of Customary Law in Development in Southeast Asia », dans Mathews et Nagata (éd.), *Religion, Values and Development in Souteast Asia*, Singapore; 1983, « Traditional Conceptions of Human Rights in Africa », dans C. Welch (éd.), *Human Rights and Development in Africa*, SUNY; « Law and Custom and Society: The Sri Lankan Experience », dans M. Chiba (éd.), 1983, *Sociology of Law in Non-Western Countries*, IISL, Onati, Espagne).

Après des siècles de sous-développement attribuable au colonialisme, le premier critère de référence à appliquer au regard de l'élaboration d'une science du droit pour les pays en développement au XXI[e] siècle doit être la reconnaissance du « développement ».

Le sous-développement de l'Afrique, de l'Asie, de l'Amérique latine et des Antilles a permis à l'Europe de se développer. Au cours des cinquante dernières années, les nations nouvellement indépendantes qui tentaient d'échapper à la spirale du sous-développement ont été confrontées aux obstacles dressés par leurs propres systèmes socio-économiques et juridiques, issus du colonialisme. Par conséquent, le « développement » est la pierre angulaire de toute nouvelle théorie du droit dans les pays en développement.

> *Si vous perdiez chaque année les 200 millions de livres (ancienne monnaie française) et plus que vous rapportent les colonies, si vous n'aviez plus le droit d'accès exclusif aux biens produits par ces dernières pour alimenter vos usines, maintenir votre marine, préserver votre agriculture, payer vos importations, acheter des articles de luxe et équilibrer avantageusement vos échanges avec l'Europe et l'Asie, en vérité je vous le dis, le royaume serait irrémédiablement perdu.*
>
> – Plaidoyer fait en 1791 par Monseigneur Murray, devant l'Assemblée constituante, contre l'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises. [Traduction]

Deuxièmement, cette nouvelle théorie doit être axée sur les personnes. Selon l'approche laissée par les anciens maîtres, le droit doit établir et préserver les institutions dont la population, en tant que sujets, tire son identité et dont sa qualité de vie est tributaire. Ce sont sur ces institutions que les citoyens construisent la société (I. Jennings, 1963, dans *The Modern Theories of Law*, O.U.P.). Cette approche pose un problème, car c'est du petit groupe qui contrôle et dirige les institutions — particulièrement la principale, l'État — dont dépend la qualité de vie de la population, qui participe peu, voire pas du tout, à la gestion de l'État et aux activités des institutions qui en sont issues.

Ce dont les pays en développement ont besoin, ce n'est pas d'une théorie du droit qui assujettit la population aux institutions sacralisées par les lois du pays, mais d'une science du droit qui aide les gens à créer leurs propres institutions, auxquelles ils adhéreront de plein gré, enchâssant ainsi le principe de la liberté de choix dans la gestion locale. Un tel recentrage contribuerait à établir un nouveau type de système juridique axé sur les personnes.

Les *institutions axées sur les personnes* répondent au besoin de la population de participer à la prise des décisions la concernant, y compris les stratégies de développement qui doivent reposer sur le *droit d'accès à l'information*, lequel encourage la

participation populaire. Ces trois éléments s'associent pour asseoir le développement axé sur les personnes.

Autonomiser les gens, en les encourageant à prendre en main leur destinée, fait partie intégrante du développement. Cette autonomisation permet d'asseoir encore plus solidement le développement axé sur les personnes. Les gens peuvent participer à la sélection d'une stratégie susceptible de répondre à leurs besoins et sont libres d'y inclure l'autonomie collective. Si cet élément est absent de la stratégie, le développement est synonyme de dépendance — la « décision désastreuse », selon Mahbub Ul-Haq, de se reposer sur l'aide extérieure menant inévitablement au sous-développement (Samir Amin, 1976, dans *Unequal Development*, Harvester Press, R.-U.).

Les critères susmentionnés confirment la nécessité d'un *développement endogène*, selon des stratégies d'organisation de la société conçues par le groupe cible au niveau local, non au niveau macro. Dans un système juridique bien pensé, la société doit être considérée comme une communauté à deux paliers.

Le principal, ou premier palier - au niveau macro et sous la direction d'un pouvoir central - est doté d'une bureaucratie centralisée qui conseillerait un cabinet de ministres, responsables devant un organisme législatif, et qui exécuterait ses ordres. En matière de développement, ce gouvernement fédéral aurait entre autres les fonctions suivantes :

- légitimer les programmes de développement proposés par les groupes locaux, ainsi que les modalités de fonctionnement arrêtées par ces derniers;
- reconnaître le pouvoir des groupes cibles d'établir des groupes de développement locaux et le droit exclusif des gens (non de l'État) de se livrer à des activités de développement;
- légitimer et superviser le règlement des différends qui surviennent à l'intérieur d'un groupe ou entre des groupes, ou entre un groupe et le pouvoir central, et ce, autrement que par voie judiciaire.

Au niveau local, le pouvoir de former des groupes de développement implique l'obligation de rendre compte à la population de l'élaboration et de la mise en oeuvre d'une stratégie de développement judicieuse. En reconnaissant ces pouvoirs locaux exclusifs, l'autorité centrale garantit un développement axé sur les personnes, participatif et endogène. Elle libère ainsi le pays des chaînes de la dépendance.

On ne peut inventer un nouveau tissu socio-juridique en conservant un processus juridictionnel caduc. Mais un système extrajudiciaire de règlement des différends, par exemple la conciliation ou la médiation, est tout à fait indiqué.

Processus juridictionnel ou système extrajudiciaire?

Même si le processus juridictionnel et le système extrajudicaire visent le même but, ils empruntent des chemins différents. Le processus juridictionnel, qui s'insère généralement dans un appareil judiciaire hiérarchisé, est sujet aux incohérences et à l'erreur, et seul un système de pourvoi complexe permet d'obtenir la réformation d'une décision ou des clarifications.

La conciliation ne nécessite aucun pourvoi, car une fois que les parties ont trouvé une solution à leur différend, en principe, il est injuste de rouvrir la porte à la controverse. La décision est prise par consensus et donc finale.

Le processus juridictionnel suppose que les normes juridiques doivent s'appliquer uniformément au sein d'une même catégorie, alors que la conciliation s'abstient d'appliquer des normes et tient compte des variables sociales. Les faits, les circonstances particulières, les conséquences sociales, les indicateurs économiques, les avantages politiques, les intérêts de la communauté et une multitude d'autres facteurs, qui ne sont pas à strictement parler du ressort de la loi, sont autant d'outils utilisés pour régler des différends dans le cadre du processus judiciaire.

Le processus juridictionnel établit également une distinction stricte entre les organes législatifs et les tribunaux qui appliquent la loi, tandis que la conciliation fait participer les législateurs au

processus, favorisant ainsi une certaine participation populaire au règlement des différends.

En raison de la nécessité de démêler les fils du droit, de débattre sa logique, de dégager les faits et d'établir un lien entre ces faits et la loi, le processus juridictionnel est largement tributaire d'un barreau efficace qui a du ressort. La conciliation ne reposant pas sur des normes, les avocats n'y ont aucun rôle, tout comme les techniques de réflexion poussées et les analyses et arguments qui ignorent les tendances sociales et politiques de la société dans laquelle survient le différend.

Le règlement des différends par voie judiciaire est souvent entouré de mystère et exagérément ritualisé, ce qui confère une force psychologique à la loi, la peur l'emportant. Le caractère informel de la conciliation permet d'obtenir de meilleurs résultats, en raison du dialogue franc entre les parties au différend et les conciliateurs.

Les deux systèmes diffèrent de deux autres façons. Les recours prévus par le processus juridictionnel visent à régir la conduite de l'homme, par le biais de l'indemnisation, de la reconnaissance ou de la punition. Par contre, la conciliation vise à amener les parties à s'entendre. Le règlement amiable peut renfermer les mêmes éléments qu'une décision judiciaire, mais il se présente différemment : il s'agit d'un compromis mutuellement convenu, ayant le caractère sacré d'une entente, qui est le fruit d'une acceptation volontaire des droits dans l'intérêt du mieux-être de toutes les parties. Il n'y a ni vainqueur ni vaincu : le résultat est une décision prise de plein gré par les parties au différend grâce aux conseils et au pouvoir de persuasion de la commission de conciliation. Le processus favorise la cohésion et la stabilité sociales, si essentielles à toute stratégie de développement.

Bon nombre de pays en développement amorcent prudemment un virage qui vise à articuler le règlement des différends autour de la conciliation. Pour appliquer le modèle de développement à deux paliers mentionné plus tôt, il faut abandonner le processus juridictionnel et établir des processus de conciliation ou de médiation, et ce, dans le cadre d'un remodelage complet des systèmes juridiques des pays du tiers monde pour mettre le droit au service du développement. Ce modèle atténuerait les tensions et les contraintes imposées au tissu social que ne peuvent se permettre les pays en développement (pas plus, d'ailleurs, que les pays développés)

Réflexions

Une nouvelle science du droit peut servir à restructurer une société de manière qu'elle progresse vers les objectifs de développement qu'elle s'est fixés, lesquels doivent découler des pratiques établies d'une société donnée.

L'élaboration de théories sur le développement et la conceptualisation du développement ont permis, à leur tour, d'élargir le champ de réflexion de la pensée juridique et partant d'assigner une nouvelle fonction au droit : être un instrument de mise en oeuvre pour certaines politiques gouvernementales.

Pour que le droit joue ce nouveau rôle, les institutions, les normes et les formalités juridiques actuelles doivent être clarifiées, voire épurées, et renforcées, de manière que le droit et les institutions juridiques puissent soutenir une société en développement. Des critères de référence peuvent être définis pour guider l'édification d'une nouvelle science du droit favorable au développement.

Une réévaluation du rôle du droit dans la société s'impose pour l'adapter à sa nouvelle fonction d'agent d'intégration de divers éléments (qui sont le fondement de toute société), opérant à la jonction des politiques gouvernementales et d'un large éventail d'intérêts, de facteurs et de forces sociaux, économiques, politiques, culturels et autres.

Ceux qui élaboreront une nouvelle science du droit pour le prochain siècle ne doivent pas reculer devant le redoutable défi que présente l'éclectisme des éléments sociaux mentionnés, si nous voulons que cette nouvelle science soit utile aux populations des pays en développement aujourd'hui.

8 EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT

Pour de plus amples renseignements

Si vous souhaitez obtenir de plus amples renseignements sur le droit et le développement ou sur tout autre sujet touchant au développement international, vous pouvez téléphoner au Service à la clientèle du CIDI, au (819) 953-1035, ou encore vous rendre au 8e étage, 200 promenade du Portage, Hull (Québec), K1A 0G4. Le Centre peut vous faciliter l'accès à toute une gamme de sources d'information sur presque toutes les questions de développement. Vous pouvez également vous renseigner sur l'ACDI et les programmes canadiens de coopération au développement en visitant le site de l'ACDI sur Internet : http://www.acdi-cida.canada.gc.ca.

Ce numéro a été rédigé par Lakshman Marasinghe.

Comme EXPRESS SUR LE DÉVELOPPEMENT entend favoriser l'acquisition d'une culture du savoir et d'apprentissage permanent au sein de l'ACDI, les informations de ce numéro peuvent être reproduites ou citées sans autorisation préalable, à condition de mentionner expressément l'auteur et la source (Express sur le développement publié par l'ACDI). Le but visé est de faciliter l'apprentissage en offrant aux lecteurs une synthèse des renseignements contenus dans des travaux d'envergure portant sur des sujets et problèmes importants.

Idées, vues ou commentaires

N'hésitez pas à communiquer vos idées, vos vues ou vos commentaires concernant le sujet traité dans ce numéro, en adressant un courrier au rédacteur en chef (express@acdi-cida.gc.ca).

Centre d'information sur le développement international (CIDI)
Directrice par intérim : Mardi Weltman

Express sur le développement
Rédacteur en chef/directeur : Ranjit Perera, Ph. D.

Édition
L'article d'origine a été résumé par Allan Thornley.
Conception graphique et mise en page : Allan du Manoir Communications
Traduction : Service de traduction de l'ACDI
Impression : Groupe Communication Canada

For more information

Should you require further information on law and development, or any other subject related to international development, please contact IDIC Client Services at (819) 953-1035, or come to the 8th floor, 200 Promenade du Portage, Hull, Québec, K1A 0G4. The centre can put you in touch with a broad range of information sources on virtually any development issue. More information on CIDA and Canada's development cooperation is also available on the CIDA Home Page in Internet: http://www.acdi-cida.gc.ca

This EXPRESS was written by Lakshman Marasinghe.

As DEVELOPMENT EXPRESS is produced to contribute to CIDA's realization of knowledge-based and continuous learning objectives, material contained in the above issue of the EXPRESS may be reproduced or quoted without prior approval, provided due acknowledgement is given to the author and the source (i.e., CIDA Development Express). Our intent is to facilitate learning by providing reader access to consolidated information from significant works on critical topics and issues.

Ideas, views or comments

If you have any ideas or views to share or comments to make concerning the subject matter of this article, please send an e-mail to the editor (express@acdi-cida.gc.ca)

International Development Information Centre (IDIC)
Acting Director: Mardi Weltman

Development Express
Editor/Manager: Ranjit Perera, Ph.D.

Publishing
The original article was summarized by Allan Thornley
Design and Layout: Allan du Manoir Communications
Translation: CIDA Translation Service
Printing: Canada Communication Group

8 DEVELOPMENT EXPRESS